

Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XVI.

Anwendung des sogenannten decretum divi Marci bei zweiseitigen Obligationen, in Beziehung auf einen Rechtsfall erörtert.

Von
Herrn Professor Burchardi in Kiel.

Ein Dienstknecht hatte einem anderen eine Uhr für eilf Thaler verkauft, und es war verabredet worden, daß der Käufer sich am nächsten Sonntage in der Dorfschenke einfinden und die Uhr gegen Bezahlung in Empfang nehmen solle. Beide Theile stellten sich auch zur festgesetzten Zeit im Wirthshause ein, allein der Käufer, den der Handel gereute, verweigerte die Annahme der Uhr unter allerlei nichtigen Vorwänden, was einen lebhaften Wortwechsel veranlaßte, der damit endigte, daß, als der Käufer einen 5 bis 6 Thaler enthaltenden Geldbeutel hervorzog um seine Zeche zu bezahlen, der Verkäufer ihm diesen entriß, und seinem Gegner erklärte, daß derselbe ihm den Rest der Kaufsumme bringen, und dafür die Uhr abholen möge, sonst aber nichts wieder bekommen werde. In Folge der deßhalb vom Käufer erhobenen Klage, ward der Verkäufer wegen unerlaubter Selbsthülfe zu einer vierzehntägigen Gefängnißstrafe und zur Rückgabe des genommenen Geldes verurtheilt, auch seiner Ansprüche aus dem Kaufcontracte, nach dem decretum divi Marci für verlustig erklärt. Auffallend genug war in diesem ersten Proceß ganz unberührt geblieben, wie es mit der Uhr selbst zu halten sey.

Kaum aber hatte der Verkäufer seine Strafe abgesessen und das Geld zurückgeliefert, so klagte der Käufer von Neuem auf Herausgabe der Uhr, indem er ausführte: das decretum divi Marci entziehe zwar dem, der sich eigenmächtig

bezahlt gemacht habe, seine Forderung; daraus folge indessen keineswegs, daß er auch von den, ihm für seine Forderung obliegenden Verbindlichkeiten befreit werde, vielmehr würde eine solche Befreiung dem Zweck des decretum divi Marci widersprechen, da dieses eines Bestrafung des eigenmächtigen Creditors beabsichtige, die aber bei zweiseitigen Obligationen keineswegs herauskäme, so ferne mit dem Recht des Schuldigen, auch dessen Verbindlichkeit aufgehoben würde.

Legt man bei der Beurtheilung des hier aufgestellten Klagfundaments die Bestimmung zum Grunde, welche Valentinian III. für den Fall getroffen hat, wenn der wirkliche oder vermeintliche Eigenthümer einer in fremdem Besitz befindlichen Sache diese eigenmächtig dem Besitzer wegnimmt, dann dürfte die Haltbarkeit desselben sich nicht bezweifeln lassen. Denn Valentinian hat wirklich das Princip, daß der Eigenmächtige, um das Object des geltend gemachten Rechtes gestraft werden soll, indem der wirkliche Eigenthümer sein Eigenthum verliert, der bloß vermeintliche Eigenthümer aber außer der genommenen Sache selbst noch den Werth derselben dazu herausgeben muß [1]). Allein diese Grundsätze können hier doch nicht zur Anwendung kommen. Die Eigenmacht eines Creditors wird im Römischen Recht ganz anders behandelt. Es ist darauf eine besondere Criminalstrafe gesetzt. Daneben tritt zwar auch der Verlust der Forderung ein, aber dieser Verlust gilt kaum als eine Strafe, sondern eigentlich als ein beneficium juris für den Schuldner, und daher ist auch nirgends davon die Rede, daß ein blos vermeintlicher Creditor, der sich eigenmächtig bezahlt gemacht hat, zur doppelten Restitution des Genommenen verbunden sey. Die criminelle Bestrafung der Selbsthülfe kann zwar auch den blos vermeintlichen Creditor treffen; hingegen jenes beneficium legis muß dabei wegfallen, weil

1) L. 7. C. unde vi (8, 4) l. 8 §. 4 C. de praescr. XXX. (7, 39) §. 1. J. vi bon. rapt. (4, 2) §. 6 J. de interd. (4, 15).

es an einem Schuldner fehlt, der liberirt werden könnte. Um zu den Resultaten zu gelangen, welche sich daraus für die Entscheidung des vorliegenden Falls ergeben, wird es nöthig seyn, uns mit der Geschichte des sogenannten decretum divi Marci bekannt zu machen, und zu diesem Zweck müssen wir zunächst den Inhalt dieses Decrets etwas näher betrachten. In der Hauptstelle darüber berichtet uns Callistratus:

»Creditores si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent; alioquin si in rem debitoris sui intraverint, nullo id concedente, divus Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: *Optimum est, ut, si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor esse.* Et quum Marcianus diceret: *vim nullam feci,* Caesar dixit: *Tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit; non puto autem nec verecundiae, nec dignitati tuae convenire, quicquam non jure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.*« [2])

Obgleich hier Callistratus der Entscheidung des Kaisers Marc. Aurel. einen neuen Rechtssatz beizulegen scheint, so sieht man doch leicht, daß diese Entscheidung, wie auch natürlich ist, nicht sowohl die Aufstellung einer neuen Regel, als die Auslegung einer schon vorhandenen enthält. Es muß schon vorher Grundsatz gewesen seyn, daß ein Gläubiger, der sich mit Gewalt bezahlt mache, seine Forderung verliere. Anstatt sich nämlich darauf zu berufen, daß kein Gesetz die eigenmächtig geltend gemachte Forderung entziehe, was doch die am nächsten liegende Vertheidigung gewesen

2) L. 7 D. ad leg. Jul. de vi pri. (48, 7.) Vergl. l. 13. D. quod met. causa (4, 2.)

wäre, wenn jener Grundsatz nicht gegolten hätte, entschuldigt sich der beim Kaiser verklagte Marcian bloß mit dem Einwande, daß er bei Wegnahme der Sachen seines Schuldners keine Gewalt gebraucht habe, und der Kaiser setzt offenbar den Verlust der Forderung wegen Gewalt, als etwas Bekanntes voraus, indem er seine Entscheidung lediglich darauf stützt, daß unter Gewalt hier jede eigenmächtige Befriedigung des Creditors verstanden werden müsse, folglich die Entschuldigung Marcians nicht von Gewicht seyn könne. Auch hätte sonst die kaiserliche Entscheidung das allerschreiendste privilegium odiosum, einen völlig ungesetzlichen Nachtheil gegen Marcian verhängt; eine Ungerechtigkeit, die doch am allerwenigsten von einem Marc. Aurel. vermuthet werden darf. Hat also der Kaiser etwas Neues durch seinen Spruch begründet, so kann dieß höchstens darin bestehen, daß unter gewaltsamer Befriedigung eines Creditors jede eigenmächtige Befriedigung, auch ohne wirkliche Gewalt gegen den Schuldner zu verstehen sey. Allein wir sind nicht ein Mal mit Sicherheit zu der Annahme berechtigt, daß der Kaiser diese Interpretation zuerst gemacht, und sie nicht schon vorgefunden habe. In den Worten des Callistratus zu Anfang unserer Stelle liegt weiter nichts, als daß es durch das decretum divi Marci als ein Präjudicat festgestellt sey, daß jede eigenmächtige Befriedigung des Creditors den Verlust der Forderung nach sich ziehe, und sollte auch Callistratus selbst, in dieser Entscheidung nicht eine bloße Bekräftigung, sondern die erste Quelle dieses Verlustes gesehen haben, so würde darauf nicht viel zu zählen seyn, da es bekannt genug ist, wie die Römischen Juristen in der Geschichte ihres Rechts, der antiqua fabula, wie sie dieselbe verächtlich nennen, nicht sonderlich bewandert waren.

Es frägt sich nun, wo und wann denn, der von Marc. Aurel. angewandte Grundsatz eingeführt worden sey. Man könnte an das Prätorische Edict über die actio quod metus causa denken, weil Justinian die angeführte Stelle des Cal-

listratus, wiewohl etwas abgekürzt, auch in den Pandektentitel „quod metus causa gestum erit" hat setzen lassen [3]). Doch hätte Octavius, der Urheber jenes Edicts [4]) darin nur den Fall des Zwangs zur Zahlung berücksichtigen können, und es ist überhaupt unwahrscheinlich, daß jenes Edict einzelne Fälle des Zwanges hervorgehoben und durch besondere Bestimmungen darüber ausgezeichnet habe. Dagegen wissen wir, daß die Lex Julia de vi privata gerade den Fall der gewaltsamen Selbsthülfe eines Gläubigers ausdrücklich berücksichtigt, und die ordentliche Strafe der vis privata, d. h. Confiscation des dritten Theils des Vermögens nebst Infamie darauf gesetzt hatte [5]). Dadurch war aber nicht nur die unmittelbarste Veranlassung gegeben, zugleich auch die Frage zu berühren, ob der Gläubiger, seiner Gewalt ungeachtet, seine Forderung behalten solle oder nicht; vielmehr konnte eine Bestimmung darüber gar nicht entbehrt werden. Die privatrechtliche Natur einer solchen Bestimmung macht dabei keine Schwierigkeit, weil die Römischen Leges de judiciis publicis, zu denen allerdings auch Lex Julia de vi privata gehörte, nicht selten neben den criminalrechtlichen Vorschriften, auch einzelne ins Privatrecht einschlagende Sätze, auf welche ihr Hauptinhalt hinführte, enthielten. So kamen in vielen jener Gesetze, namentlich in denen, welche das crimen repetundarum betrafen, Anordnungen über die Entschädigung des Verletzten vor [6]), und in der Zwillingsschwester der Lex Julia de vi privata, in der Lex Julia de vi publica war die Unwirksamkeit erzwungener Obligationen ausgesprochen [7]). Durch die Annahme, daß die Lex Julia de

---

3) L. 13 D. quod met. causa (4, 2.)

4) Meine Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 303 f.

5) L. 8 D. ad leg. Jul. de vi priv. (48, 7) vergl. mit l. 1. D. eod.

6) Dirksen, Beiträge zur Kunde des R. Rechts. Leipz. 1825 8. Nr. 3.

7) L. 5. pr. D. ad leg. Jul. de vi publ. (48, 6).

vi privata die Quelle unseres fraglichen Grundsatzes sey, erklärt sich auch am besten, wie Justinians Compilatoren dazu gekommen sind, die Relation des Callistratus über das decretum divi Marci, und zwar am ausführlichsten, in den Pandektentitel „ad legem Juliam de vi privata" zu setzen [8]). Dieselbe gehörte recht eigentlich an diesen Platz, weil jene Entscheidung ein Präjudicat über die Interpretation des durch die lex Julia aufgestellten Grudsatzes war.

Jetzt müssen wir uns zu einer Stelle wenden, welche schon oft die Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat.

„*Labeo libro IV. Posteriorum a Javoleno Epitomatorum* Bona fides non patitur. ut cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur, et re sua careret: possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem (emtor exceptionem rei venditae et traditae obiiciat, ut perinde habeatur ac si) petitor ei neque vendidisset neque tradidisset." [9])

Der Text ist hier nach der Gebauerschen Ausgabe der Pandekten abgedruckt. Von den mehreren vorkommenden Varianten sind nur ein Paar bemerkenswerth. Statt aeque amitteret haben die Handschriften auch eam amitteret oder amittat. Zur Noth würde dieß denselben Sinn geben; indessen läßt sich leicht erklären, wie eam aus aeque hat entstehen können, wenn vielleicht ein Abschreiber letzteres eq̄ geschrieben hatte, wie sich oft findet, da der Diphtong ae häufig durch ein simples e vertreten wird, und ein q die ganz gewöhnliche Bezeichnung in den Handschriften für qui quae quod ist. Es brauchte dann nur der Schweif des q etwas verwischt zu seyn, und ein folgender Abschreiber konnte mit Leichtigkeit eam herauslesen, den Strich über dem scheinbaren

---

8) In l. 7 D. ad leg. Jul. de vi priv. (48 7).
9) L. 50 D. de act. empti vend. (19, 1).

a für das bekannte Zeichen des m nehmend. Ganz unzulässig ist die Lesart admitteret für amitteret, weil sie sinnlos ist, und eben so wenig darf man mit der Florentinischen Handschrift die eingeklammerten Worte weglassen, wodurch wieder ein neuer Zusammenhang der Gedanken ausgeschlossen würde. Es zeigt sich hier der rechte Werth der Cramerschen Entdeckung, daß die Abweichungen der lectio vulgata von der lectio Florentina nicht bloß auf Conjecturen und Corruptionen beruhen, sondern daß die Bologneser Recension auch aus anderen guten alten Manuskripten, außer dem Florentinischen geschöpft ist [10]).

Gehen wir aber von dem Text der Stellen, so wie er hier vorliegt, aus, so sagt Labeo unverkennbar im Wesentlichen Folgendes:

Ist ein Käufer durch die Wohlthat irgend einer Rechtsbestimmung von der Bezahlung des Kaufgeldes befreit worden, und zwar

1) ehe ihm die gekaufte Sache tradirt war, dann leidet die Redlichkeit nicht, daß der Käufer angehalten werde zu tradiren, und seine Sache einzubüßen. (Es stünde nämlich dem Käufer die exceptio doli entgegen, wegen der inneren Unbilligkeit oder Widerrechtlichkeit, wenn er zwar aus dem Contracte klagen, aber nicht seine Verbindlichkeiten daraus erfüllen wollte.

2) Hat dagegen schon Tradition Statt gefunden, so muß nach gleichen Grundsätzen nun der Verkäufer seine Sache verlieren; indem ihm, wenn er die Sache zurückvindicirte, der Käufer die exceptio rei venditae et traditae entgegensetzen könnte, was hier denselben Erfolg hervorbrächte, als wenn der Vindicant weder verkauft noch tradirt hätte, (nämlich daß die Sache

10) Cramer de Verb. Signif. Kil. 1811 8. Praefat. pag. XII. seq.; v. Savigny Gesch. des R. Rechts im Mittelalter. Bd. 2 S. 146 f. B. 3 S. 523 f.; Hugo's Civ. Mag. B. 5 Nr. 10.

nicht an den Vindicanten herausgegeben zu werden brauchte).

Die Beziehung des letzteren Satzes, bei welchem übrigens an Tradition ohne Creditbewilligung gedacht seyn muß, weil sonst ein noch stärkerer Grund, der Uebergang des Eigenthums, der Vindication der Sache entgegenstehen würde, kann keine andere seyn, als die, daß obgleich die exceptio rei venditae et traditae Zahlung oder Creditbewilligung voraussetzt, also hier eigentlich nicht begründet wäre, die Billigkeit doch erfordere, diese Einrede auch dann zu gestatten, wenn der Käufer durch eine Rechtswohlthat von der Kaufschuld liberirt worden, mithin eine solche Liberirung der Zahlung oder Creditbewilligung gleich zu achten sey.

Worauf es uns aber hier vorzüglich ankömmt, das ist, welche Rechtswohlthat Labeo gemeint haben kann? An die in integrum restitutio darf hier gar nicht mit Mornacius [11]), Brunnemann [12]) und Andern gedacht werden. Denn abgesehen davon, daß es höchst wahrscheinlich zu Labeos Zeit noch keine zur Aufhebung von Contracten dienende Restitution gab [13]), da die freilich ältere restitutio maiorum oder propter absentiam, auch mit Einschluß der clausula generalis, immer nur gegen Versäumnisse gewährt ward [14]), ist es offenbar unzuläßig hier an eine Rechtswohlthat zu denken, welche, wie die restitutio minorum, den geschlossenen Kaufcontract nach beiden Seiten hin rescindiren würde, während Labeo augenscheinlich nur von einem Fall spricht, in welchem die Rechtswohlthat an sich bloß den Käufer befreit, nicht unmittelbar auch den Verkäufer. Cujaz [15]) hat deß-

11) Observat. in XXIV. libros Digestorum, ad leg 50 D. de act. empti vend.

12) Commentar in leges. Pand., ad leg. 50 D. de act. emti vend.

13) Meine angeführte Schrift §. 13.

14) Ebendaselbst S. 193 f.

15) Observ. lib. XI. c. 40.

halb auf gesetzliche Schuldentilgung, novae tabulae gerathen, und allerdings konnte diese wohl dem Labeo vorschweben, da noch zu Cäsars Zeit eine solche zur Sprache gekommen, wenn auch nicht wirklich ausgeführt worden war [16]). Doch bezweifle ich, daß die novae tabulae bei den Römern sich auf andere Schulden bezogen, als die, welche entweder aus wirklichen Darlehnen entstanden (arcaria nomina), oder wenn auch aus anderen Obligationsgründen hervorgegangen, doch als transscriptitia nomina in mutua verwandelt worden waren, daß also die novae tabulae auch von der Bezahlung rückständiger, aber nicht durch Novation in transscriptitia nomina übergegangener Kaufgelder befreiten. Schon ihr Name weist darauf hin, daß sie nur die in den tabulis accepti et expensi aufgeführten Schulden betrafen, und in die Rechnungsbücher kamen Kaufgelder, die jemand schuldig war, nur im Fall einer transscriptio hinein, wenn man nomina fecit d. h. dieselben als ein mutuum constituirte [17]). Auch war der beständige Grund der novae tabulae die Ueberlastung des Volkes mit aes alienum [18]), ein Ausdruck, der im technischen Sinn auch nur auf geliehenes Geld geht, wie denn überhaupt wohl niemals und nirgends rückständige Kaufgelder eine allgemeine Klage über unerträglichen Druck der Schuldenlast erzeugt haben. Eine ganz unglückliche Idee ist es, in der Klagenverjährung den Schlüssel für das Labeonische beneficium legis finden zu wollen, da man zu Labeos Zeit und noch Jahrhunderte nachher, nichts von einer Verjährung der Klagen aus dem Kaufcontract wußte, mit alleiniger Ausnahme des Falls, wenn die Bestimmungen des Aedilitischen Edicts über heimliche Fehler der verkauften Sachen zur Anwendung kamen.

---

16) Cicero de offic. II. c. 24; Sueton. in Caesare c. 42; Vell. Paterc. II. c. 23.

17) Cicero de offic. III. c. 14.

18) *Pitisci* Lexicon Antiq. voce *tabulae novae*.....

Wir müssen uns daher nach einem anderen beneficium legis umsehen, und dieß biethet sich auch von selbst dar, sobald wir beachten, daß die lex Julia de vi privata zu Labeos Zeit gegeben ward. Der oben nachgewiesene Grundsatz dieses Gesetzes über die gewaltsam geltend gemachten Forderungen war ein wahres beneficium legis für den Schuldner. Denn der Begriff eines beneficium legis umfaßt ja in der That alle direct den Vortheil gewisser Personen bezweckende Rechtsbestimmungen, mag auch immerhin nicht sowohl eine Begünstigung jener Personen, als eine andere Rücksicht den Grund enthalten, weswegen jener Vortheil zugewendet wird, wie es denn wohl angenommen werden muß, daß die lex Julia mehr der öffentlichen Ordnung und Sicherheit wegen, als in favorem debitorum, das Erlöschen der mit Gewalt geltend gemachten Forderungen angeordnet habe. Sollte nun gar das Gesetz diese Anordnung nicht so ausgedrückt haben: der Creditor welcher Gewalt braucht verliert seine Forderung, sondern umgekehrt so: der Schuldner wird, wenn der Creditor Gewalt anwendet, von seiner Schuld befreit, dann wäre das beneficium legis sogar in der Form hervorgetreten. Aber dieß ist etwas Geringfügiges, weil das Wesen eines beneficium legis nicht von den Worten, sondern nur von dem wirklichen Inhalt des Gesetzes abhängen kann. Durch die lex Julia de vi privata war demnach die unmittelbarste Veranlassung für Labeo gegeben, sich die Frage aufzuwerfen, welchen Erfolg es auf die Gegenleistung haben müsse, wenn ein Käufer wegen gewaltsamer Selbsthülfe des Verkäufers von der Bezahlung des Kaufgeldes befreit worden sey, die er nun dahin beantwortet, daß der Käufer zwar die nicht tradirte Sache nicht fordern, wohl aber die bereits übergebene Sache behalten könne.

Wie wahrscheinlich aber auch diese specielle Veranlassung der von Labeo aufgestellten Sätze seyn mag, so ist es doch wichtig, daß selbst ein Irthum in dieser Beziehung hier nichts schaden würde. Labeo spricht ja nämlich nicht von einem ein-

zelnen bestimmten beneficium legis, welches gerade herausgefunden werden müßte, sondern schlechthin von jedem beneficium legis, wodurch ein Käufer liberirt werden kann. Gesetzt also auch, er hätte nicht zunächst an die lex Julia de vi privata und deren Bestimmungen über Selbsthülfe gedacht, das sogenannte decretum divi Marci würde nichts destoweniger unter seine Regel fallen, weil dasselbe wirklich ein beneficium legis für den Schuldner ist, und zwar ein solches, welches auch auf einen Käufer Anwendung leidet. Eben dieß gilt auch noch von mehreren anderen Erlöschungsgründen der Forderungen. Nehmen wir z. B. die altrömische Proceßverjährung, vermöge der römischen Regel, daß wenn ein Proceß nicht innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist beendigt werde, nicht bloß die Klage hinfällig sey, sondern das ganze eingeklagte Recht erlösche [19]). Es war dieß ein sehr erhebliches beneficium legis für die Beklagten, welches auch einem auf Bezahlung belangten Käufer zu Gute kommen konnte, und welches sich mithin auch unter Labeos Regel bringen läßt. Andere Beispiele, die freilich Labeo noch nicht kennen konnte, würden seyn, wenn ein Verkäufer sich die Verwendung eines mächtigen Mannes beim Richter im Processe wegen seiner Bezahlung verschaffte, was den Verlust seiner Forderung zum Besten des Käufers zur Folge hätte [20]), oder wenn er seine Forderung an den Vormund oder an den filius familias des Käufers cedirte, was ebenfalls das Erlöschen derselben herbeiführen würde [21]). Ueberhaupt gehören alle Fälle hierher, in welchen nach besondern Rechtsbestimmungen, bei einer zweiseitigen Obligation ein Theil allein ohne Befriedigung des anderen, von seiner Schuld entbunden wird, und wir können dabei sogar unbedenklich dem Verkäufer gleiches

---

19) Keller, über Litiscontestation und Urtheil §. 15.

20) L. 1 u. 2. ne liceat potentiori (2, 14.).

21. L. 7 D. de O. et A. (44, 7) Nov. 72 c. 5.

Recht mit dem Käufer einräumen [22]). Hat der Käufer z. B. Selbsthülfe angewandt, oder eine unerlaubte Cession seiner Forderung vorgenommen, oder einen mächtigen Mann bewogen, sich für ihn beim Richter zu verwenden, dann muß auch der dadurch von seiner Verbindlichkeit befreite Verkäufer nicht das Kaufgeld fordern können, wenn er es nicht bereits empfangen hat. Es spricht dafür zuvörderst der Grund woraus Labeo seine Ansicht ableitet, indem er sich bloß auf die bona fides stützt, welche den Verkäufer nicht weniger als den Käufer von einem unbilligen Verlangen abhalten muß. Er spricht dafür ferner die von Sell [23]) so umständlich ausgeführte Regel des römischen Rechts, daß sich niemand mit dem Schaden eines anderen bereichern soll, und wir haben endlich auch noch die Analogie des einseitigen Erlasses bei zweiseitigen Obligationen für uns. Erlasse ich hier meinen Anspruch, nachdem ich von meiner Seite bereits erfüllt habe, so kann ich darum nichts zurückfordern. Nimmt dagegen der andere Contrahent meinen Verzicht an, bevor er meine Leistung erhalten hat, dann soll er auch diese nicht mehr verlangen können [24]). Dieß kann wieder nur eine Anwendung des Billigkeitsprincips seyn, welches bei zweiseitigen Obligationen, demjenigen, der selbst nichts leistet, ohne daß ein Casus seine Leistung unmöglich gemacht hat, verbietet, dennoch die Leistung des anderen Theils erzwingen zu wollen, und da hierbei nicht zwischen Käufer und Verkäufer unterschieden wird, so müssen wir auch, wenn ein beneficium legis einen Ver-

22) Bei dieser Ausdehnung scheint doch der Fall ausgenommen werden zu müssen, wenn der Verkäufer durch casuellen Untergang der verkauften Sache liberirt worden ist, weil er in diesem Fall noch das Kaufgeld fordern kann. Indessen gründet sich hier die Liberirung nicht auf eine besondere Rechtsbestimmung, nicht auf ein beneficium legis und steht daher der im Texte ausgesprochenen Ansicht nicht im Wege.

23) Versuche im Gebiete des Civilrechts B. 1. Gießen 1833. 8. Nr. 1.

24) L. 1 l. 5 pr. D. de rescind. vend. (18. 5) l. 23 D. de acceptilat. (46. 4).

käufer liberirt hat, ihn nicht anders behandeln als den Käufer.

Für den oben angeführten Rechtsfall ergiebt sich hieraus von selbst, daß die Uhr dem Käufer nicht zugesprochen werden könne, wogegen er dieselbe allerdings hätte behalten dürfen, wenn sie ihm schon tradirt worden wäre.

Die vorstehende kleine Erörterung ist lange vor der gründlichen und schätzbaren Abhandlung des Herrn Dr. Benfey über die Selbsthülfe im Rhein. Mus. B. 7 (3) Nr. 1, geschrieben, und würde sonst vielleicht hin und wieder etwas anders gefaßt worden seyn. Da sie indessen einen in der Benfey'schen Abhandlung ganz unberührt gebliebenen Punct betrifft, auch nirgends in Widerspruch mit den Benfey'schen Untersuchungen tritt, als allenfalls darin, daß ich das sogenannte decretum divi Marci nicht als die erste Quelle des demselben beigelegten Grundsatzes betrachten kann, was noch immer meine Meinung ist, so habe ich keine Umarbeitung meines Aufsatzes für nöthig gehalten.

XVII.

Ueber die Fortschritte der Gesetzgebung, über Hypotheken und über die Forderungen welche an die Gesetzgebung in dieser Beziehung gestellt werden können.

Von Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. VII. im vorigen Heft.)

Wenden wir uns zur Betrachtung wie sich in den einzelnen deutschen Staaten die Gesetzgebung über Hypotheken fortgebildet hat, so bemerkt man, daß in Braunschweig bereits